

Impossibilidade de os municípios legislarem sobre direito financeiro



EMENTA: INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE — CONTROLE DIFUSO — SÚMULA N. 347 DO STF — LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL DE DIVINÓPOLIS N. 35/95 — DISPONIBILIDADE FINANCEIRA — DEPÓSITO — INSTITUIÇÕES NÃO OFICIAIS — AFRONTA AO ART. 24, I, C/C O ART. 164, § 3º, DA CF/88 — VÍCIO DE COMPETÊNCIA — INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL — AFASTADA APLICABILIDADE NO CASO CONCRETO

A reserva do art. 164, § 3º, da CF/88, por ser matéria afeta a direito financeiro, refere-se à lei de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, I, CF/88), sendo vedado aos municípios legislar sobre depósito de caixa em instituição não oficial, o que enseja esta Corte, em controle difuso, afastar a aplicabilidade da Lei Complementar Municipal de Divinópolis n. 35/1997 no julgamento do Pedido de Reexame n. 797.074.

RELATÓRIO

Inicialmente, cumpre destacar que a competência das cortes de contas para o controle de constitucionalidade de leis restringe-se ao controle difuso ou incidental de constitucionalidade, haja vista que o controle concentrado ou abstrato é monopólio do Poder Judiciário, conforme se infere das disposições da Constituição da República. O controle concentrado só pode ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal (de leis e atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal), ou pelos Tribunais de Justiça dos Estados (de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual).

Parece-me indubitoso ser dever dos tribunais de contas, em sua análise e interpretação, quando necessário ao deslinde de atos e fatos sujeitos ao seu controle e fiscalização, afastar a aplicabilidade de leis e atos normativos do Poder Público, se inconstitucionais, na medida da competência conferida pela Constituição para o exercício do controle externo.

Como bem observou o procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas Marcílio Barenco, a análise da inconstitucionalidade, no âmbito desta Corte de Contas, “viabiliza-se diante da interpretação de dispositivos legais, enunciado de súmula e posições cristalizadas na doutrina (interna e internacional), permitindo-se, assim, a realização do controle da constitucionalidade”.

Nesse sentido, incorporo às minhas anotações preliminares acerca dessa importante atuação das cortes de contas, no exercício da fiscalização e do controle, o amplo estudo do procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas Marcílio Barenco, que, após colacionar para o seu parecer a posição da melhor doutrina sobre o tema, conclui, com propriedade, que:

* Apenso ao Recurso de Reexame n. 797.074.

Cumpre informar que, até o fechamento desta edição, a decisão proferida pelo Tribunal nos autos epigrafados não havia transitado em julgado.

não se pode menoscar a participação dos Tribunais de Contas nesse novo cenário de interpretação constitucional participativa e democrática. Sua ‘leitura’ da Constituição não é feita a esmo, sem fundamentos, mas sim com espeque em profundo conhecimento das matérias que lhe são afetas.

Pode-se dizer assim, que sua competência para afastar a aplicabilidade de leis e atos normativos por ofensa à Constituição decorre, essencialmente, da sua tessitura constitucional e das relevantes atribuições que lhes foram conferidas, razão pela qual se sustenta que não lhe reconhecer tal prerrogativa, afronta gravemente os corolários democráticos e republicanos.

Destaco os seguintes excertos de seu abalizado parecer:

A competência dos Tribunais de Contas para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, decorre não só da interpretação legislativa, mas também na literalidade da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

‘**Súmula 347.** O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.’

Prevê, ainda, nestes mesmos termos, o art. 26 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (Resolução n. 12/2008):

‘**Art. 26.** Compete, ainda, ao Tribunal Pleno:

[...]

V — apreciar, incidentalmente, a constitucionalidade das leis ou de atos do poder público.’

O Enunciado de Súmula n. 347 do STF prescreve que ‘o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade de leis e dos atos do Poder Público’. Com fulcro na súmula em tela, os Tribunais de Contas, no exercício de suas atribuições, exercem, de forma generalizada, o controle de constitucionalidade por via difusa ou por exceção, afastando a aplicabilidade de leis ou atos normativos dissonantes aos princípios e normas da Carta Magna de 1988, sob o paradigma basilar de que todo e qualquer ato administrativo deve estar necessariamente pautado em normas constitucionais.

A Constituição da República vigente elasteceu significativamente o rol de competências e prerrogativas afetas às Cortes de Contas (art. 71, CR/88). Todavia, entre as competências arroladas não se encontra a possibilidade de apreciar, ainda que pela via difusa, a constitucionalidade de leis ou atos normativos.

Contudo, tem-se entendido que os Tribunais de Contas ao exercerem as suas atividades, sempre no caso *in concreto*, em sede de controle repressivo difuso, por via de exceção — *sub examine* —, poderão apreciar a constitucionalidade de uma lei e, se for o caso, deixar de aplicá-la, interpretando-a conforme a Constituição da República.

Assim, os Tribunais podem em sua análise e interpretação afastar a aplicabilidade de leis e atos normativos do Poder Público, na medida da competência que lhes confere a Constituição para exercerem o controle externo.

Corroborando tal assertiva, citamos o posicionamento do doutrinador Uadi Lammêgo Bulos, que assim disserta acerca dos Órgãos de Contas, *verbis*:

‘[...] não detenham competência para declarar a inconstitucionalidade de leis ou dos atos normativos em abstrato, pois essa prerrogativa é do Supremo Tribunal Federal, poderão, no caso concreto, reconhecer a desconformidade formal ou material de normas jurídicas, incompatíveis com a manifestação constituinte originária. Sendo assim, os Tribunais de Contas podem deixar de aplicar determinado ato por considerá-lo inconstitucional, bem como sustar outros atos praticados com base em leis vulneradoras da Constituição (art. 71, X). Reitere-se que essa faculdade é na via incidental, no caso concreto, portanto.’

No entender dos autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, o Tribunal de Contas possui a prerrogativa de exercer o controle de constitucionalidade, por via difusa, desde que observe,

necessariamente, a cláusula de reserva de plenário, estampada no art. 97 da Constituição da República, nestes termos:

‘Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os tribunais de contas, no desempenho de suas atribuições constitucionais, possuem competência para realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, podendo afastar a aplicação daqueles que entenderem inconstitucionais.

Exemplificando, suponha que determinada Corte de Contas — da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios — esteja apreciando um processo de aposentadoria de servidor público e que recentemente tenha sido publicada uma lei que incida sobre a questão. Nessa hipótese, caso a Corte entenda que essa lei é inconstitucional, poderá, por maioria absoluta de votos (CR, art. 97), declará-la inconstitucional, afastando a sua aplicação ao caso concreto.

Destacamos, porém, que essa atuação dos tribunais de contas não afasta a possibilidade de posterior apreciação da lei ou ato normativo pelo Poder Judiciário, se provocado.’

Esse também é o entendimento esposado pelo constitucionalista Pedro Lenza:

‘Parece razoável exigir o cumprimento da regra contida no art. 97, CF/88, que trata da denominada cláusula de reserva de plenário, segundo a qual somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.’

O constitucionalista alemão Peter Häberle, preconiza não haver normas constitucionais puras, mas normas constitucionais interpretadas e assevera que:

‘[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.’

Desta forma, dessume-se que a Constituição a todos pertence, fazendo-se necessária uma integração da realidade no processo de interpretação das normas constitucionais, mediante a ampliação do círculo de intérpretes, a fim de que a legitimidade do Direito decorra, com especial relevo, da efetiva participação dos cidadãos em sua formação.

Assim, participar da Constituição é atribuição afeta a todo cidadão, aos órgãos estatais e às potências públicas, sobretudo no processo de interpretação constitucional. Não se pode admitir, destarte, que num Estado Democrático de Direito a verificação de adequação das normas à Constituição fique restrita apenas aos órgãos judiciários.

Os Tribunais de Contas não devem ficar alijados da seara de discussão de constitucionalidade das leis e atos normativos, importante prerrogativa para o exercício da função de controle, com vistas a evitar que inúmeros desmandos e malversações de dinheiro público se perpetuem sob a falaciosa proteção normativa, flagrantemente inconstitucional.

Assim sendo, pelos fundamentos expostos, recebo o incidente e passo ao exame de **mérito**.

Estabelece o art. 164, § 3º, da Constituição Federal, que as disponibilidades financeiras dos municípios devem ser depositadas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei:

Art. 164. [...]

[...]

§ 3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, **ressalvados os casos previstos em lei**. (grifo nosso)

Trata-se de saber, diante do nosso quadro federativo de distribuição de competência legislativa, se a lei a que alude o § 3º do art. 164 poderia emanar de ente municipal.

A Constituição do Brasil adotou três espécies de competência: a **privativa**, que é a competência plena, direta e reservada a uma determinada entidade do Poder Público; a **concorrente**, que confere a possibilidade de mais de uma entidade federativa legislar sobre o mesmo assunto ou matéria, obedecendo a primazia da União quanto às normas gerais¹; a **suplementar**, que é uma subespécie da competência concorrente, preenchendo os vazios da norma geral.²

Compete à União o estabelecimento de normas gerais³ sobre as matérias que especifica nos incisos I-XVI do art. 24, e aos Estados e ao Distrito Federal, por meio da competência suplementar (art. 24, § 2º), especificá-las, por meio de suas respectivas leis.

Extrai-se do art. 24, I, da Constituição, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre direito financeiro. Sendo o conteúdo normativo inserto no § 3º do art. 164, como de fato é, assunto de natureza tipicamente financeira, cabe à União estabelecer normas gerais sobre as exceções ao § 3º do art. 164. Assim, conforme leciona Alexandre de Morais, “uma vez editadas as normas gerais pela União, as normas estaduais deverão ser particularizantes, no sentido de adaptação de princípios, bases, diretrizes e peculiaridades regionais⁴”.

A norma ordinária citada no dispositivo constitucional é, pois, reconhecidamente de natureza federal, de competência exclusiva do Congresso Nacional. Esse entendimento já está sedimentado no Supremo Tribunal Federal, conforme jurisprudência colacionada, nestes autos, pelo representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas:

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Artigo 3º da Emenda Constitucional n. 37, do Estado do Espírito Santo. **Nova redação conferida ao art. 148 da Constituição Estadual, determinando que as disponibilidades de caixa do Estado, bem como as dos órgãos ou entidades do Poder Público Estadual e das empresas por ele controladas, sejam depositadas na instituição financeira que vier a possuir a maioria do capital social do BANESTES, decorrentes de sua privatização, na forma definida em lei. Aparente ofensa ao disposto no art. 164, § 3º da Constituição, segundo o qual as disponibilidades financeiras de Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como as dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, devem ser depositadas em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei. Tal lei exceptiva há que ser a lei ordinária federal, de caráter nacional.** Existência, na Lei Complementar Federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), de previsão segundo a qual as disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3º do art. 164 da Constituição (art. 43, *caput*). Ofensa, ademais, ao princípio da moralidade previsto no art. 37, *caput*, da Carta Política. Medida cautelar deferida. (Supremo Tribunal Federal. Pleno. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.600/ES. Rel: min. Ellen Gracie. Julgado em 24 abr. 2002. DJ 25 out. 2002).

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei Estadual n. 14.235/03, do Estado do Paraná, que (I) proíbe o Poder Executivo estadual de iniciar, renovar, manter, em regime de exclusividade a qualquer instituição bancária privada, as contas dos depósitos do sistema de arrecadação dos tributos estaduais, sistema de movimentação de valores e pagamentos SIAF — Sistema Integrado de Administração Financeira e Conta do Tesouro Geral do Estado/conta receita, conta única, contas dos fundos e programas, contas dos depósitos e movimentação das entidades da administração indireta e fundações públicas, bem como as disponibilidades dos fundos estaduais e pagamentos do funcionalismo público, sem a realização de respectivo

¹ SILVA, José Afonso da. In *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 479.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61.

³ Art. 24 [...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

⁴ MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 703.

processo licitatório (art. 1º da Lei impugnada); **(II) obriga o Poder Executivo estadual a manter toda a movimentação financeira descrita no art. 1º da Lei impugnada em instituição financeira oficial, nos termos dos arts. 164 e 240, das Constituições Federal e Estadual, respectivamente;** (III) determina caber ao Poder Executivo estadual revogar, imediatamente, todos os atos e contratos firmados nas condições previstas no artigo 1º desta Lei. 3. Potencial ofensa ao princípio da reserva da Administração. Precedentes: ADI 2364, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 14.12.2001; ADI n. 1901, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 9.5.2003; ADI 1846, Rel. Min. Carlos Velloso (Informativo STF n. 116). 4. **Plausibilidade da tese segundo a qual a lei impugnada estaria a incidir sobre espaço reservado à lei nacional (art. 164, § 3º, da Constituição).** Precedentes: ADI 2600, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 25.10.2002; ADI 2661, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 23.8.2002. 5. Potencial ofensa ao princípio da segurança jurídica. 6. Cautelar deferida. (Supremo Tribunal Federal. Pleno. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.075/PR. Rel. min. Gilmar Mendes. Julgado em 19 dez. 2003. *DJ* 18 jun. 2004). (grifo nosso)

Ementa. I. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade: caso de excepcional urgência, que autoriza a decisão liminar sem audiência dos partícipes da edição das normas questionadas (art. 10, § 3º), dada a iminência do leilão de privatização do controle de instituição financeira, cujo resultado poderia vir a ser comprometido com a concessão posterior da medida cautelar. II. Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista: alegação de exigência constitucional de autorização legislativa específica, que — contra o voto do relator — o Supremo Tribunal tem rejeitado; caso concreto, ademais, no qual a transferência do controle da instituição financeira, do Estado-membro para a União, foi autorizada por lei estadual (conforme exigência do art. 4º, I, a, da MPr 2.192-70/01 — PROES) e a subsequente privatização pela União constitui a finalidade legal específica de toda a operação; indeferimento da medida cautelar com relação ao art. 3º, I, da MPr 2.192-70/01, e ao art. 2º, I, II e IV, da L. 9.491/97. III. **Desestatização: manutenção na instituição financeira privatizada das disponibilidades de caixa da administração pública do Estado que detinha o seu controle acionário (MPr 2.192-70/01, art. 4º, § 1º), assim como dos depósitos judiciais (MPr 2.192-70/01, art. 29): autorização genérica, cuja constitucionalidade — não obstante emanada de diploma legislativo federal — é objeto de questionamento de densa plausibilidade, à vista do princípio da moralidade — como aventado em precedentes do Tribunal (ADIn 2.600-MC e ADIn 2.661-MC) — e do próprio art. 164, § 3º, da Constituição — que não permitiria à lei, ainda que federal, abrir exceção tão ampla à regra geral, que é a de depósitos da disponibilidade de caixa da Administração Pública em instituições financeiras oficiais;** aparente violação, por fim, da exigência constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI); ocorrência do *periculum in mora*: deferimento da medida cautelar para suspender *ex nunc* a eficácia dos arts. 4º, § 1º, e 29 e parágrafo único do ato normativo questionado (MPr 2.192/70/01). (Supremo Tribunal Federal. Pleno. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 3.578/DF. Rel.: min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 14 set. 2004. *DJ* 24 fev. 2006).

Os municípios, que são os entes que aqui nos interessam de perto, têm seu rol de competências estabelecidas no art. 30 da Constituição Federal, competindo-lhes, no que couber, suplementar a legislação federal e a estadual (art. 30, II, da CF), mas tal competência visa estritamente a ajustar aquelas normas aos interesses locais. Esses, como leciona Alexandre de Morais⁵, apesar de difícil conceituação, referem-se “aos interesses que disserem respeito mais diretamente às necessidades imediatas do município, mesmo que acabem gerando reflexos no interesse regional (Estados) ou geral (União).”

Contudo, conforme o exposto, a União não ditou regras gerais contemplando exceções ao preceito normativo do § 3º do art. 164, não cabendo aos Estados e tampouco aos municípios dispor a respeito.

No tocante aos municípios, trago à colação julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, todos nesse sentido, conforme destaque:

⁵ *Op. cit.*, p. 764.

EMENTA: Ação cautelar. Instituição financeira. Conta. Manutenção. Município. Ao Poder Judiciário não se reconhece o arbítrio para obrigar uma instituição financeira privada a manter, em depósito, numerário pertencente a qualquer correntista, especialmente a Município, cujas **disponibilidades de caixa**, em princípio, devem ser depositadas em instituições financeiras oficiais (CF, art. 164, §3º) (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0000.00.174080-2/000. Rel.: des. Almeida Melo. Julgado em 10 ago. 2000. *DJe*, 29 ago. 2000).

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. MANUTENÇÃO DE CONTA BANCÁRIA DO MUNICÍPIO EM COOPERATIVA DE CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIÇO DE USO EXCLUSIVO DOS COOPERADOS. PROIBIÇÃO LEGAL DE ENTE PÚBLICO PARTICIPAR DE COOPERATIVA. LEI MUNICIPAL. **AUTORIZAÇÃO PARA MOVIMENTAÇÃO E APLICAÇÕES FINANCEIRAS EM INSTITUIÇÃO NÃO OFICIAL. ART. 164, §3º CF. VEDAÇÃO.**

— Os serviços de cooperativa de crédito, incluídos os prestados por banco integrante de sua estrutura organizacional, podem ser usufruídos, exclusivamente, por seus associados. Nos termos da Lei Complementar n. 130/2009, é vedado a ente público participar do quadro social de cooperativa.

— **O art. 164, §3º da Constituição Federal veda o depósito das disponibilidades de caixa do Município em instituição não oficial, não sendo competência normativa daquele dispor o contrário em lei municipal.**

— Ausência da plausibilidade do direito invocado e do *periculum in mora*. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Reexame necessário n. 1.0216.08.051442-7/001. Rel.: des. Washington Ferreira. Julgado em 3 set. 2012. *DJe*, 13 jul. 2012).

A razão jurídica subjacente à clausula de depósito compulsório das disponibilidades de caixa em instituições financeiras oficiais, conforme ressaltou o ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, ao relatar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2661, reflete “na concreção do seu alcance, uma exigência fundada no valor essencial da moralidade administrativa, o que representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado.”⁶

Uma vez demonstrado que a jurisprudência se posiciona firme acerca da impossibilidade de os municípios estabelecerem, no seu universo normativo, diferentemente do preceituado no art. 164, § 3º, da Constituição da República, cabe trazer a lume o que estabelece a Lei Complementar n. 35, do Município de Divinópolis:

Dispõe sobre a movimentação financeira do Município através de instituições bancárias e dá outras providências

Art. 1º Fica facultado ao Poder Executivo promover através das instituições financeiras públicas ou privadas o recebimento de tributos de competência do Município de Divinópolis, assim como de outros recolhimentos a ele devidos.

Art. 2º A administração pública direta do Município, incluídos os Fundos Municipais, e a administração indireta, pelas Fundações e Empresas Públicas, poderão realizar operações financeiras ativas, passivas e acessórias, junto às instituições mencionadas no artigo anterior, bem como celebrar contratos com as mesmas para a prestação de serviços inerentes às suas atividades.

Parágrafo único. Na celebração de contratos para a prestação dos serviços a que se refere este artigo serão observados os ditames da Legislação vigente, em especial da Lei n. 8666, de 21 (vinte e um) de junho de 1993.

Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Ficam revogadas as disposições em contrário.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 689.

Diante do que estabelece a Lei Complementar Municipal n. 35/1997, do Município de Divinópolis, ora submetida à apreciação, devo concluir que essa está em dissonância com o art. 164, §3º e com o art. 24 da CR/88, revelando-se inconstitucional, **devendo ser afastada a sua aplicabilidade incidentalmente e no caso concreto**, ou seja, por ocasião do julgamento do pedido de reexame da prestação de contas municipal de Divinópolis, exercício 2001.

Conclusão: *ex positis*, afasto incidentalmente a aplicação da Lei Complementar Municipal n. 35/1997 no caso concreto a ser objeto de apreciação nos autos do Pedido de Reexame n. 797.074, determinando que cópia deste julgado seja submetido ao relator daqueles autos, para conhecimento e juntada.

Cumprida a medida, archive-se.

O incidente de inconstitucionalidade foi apreciado pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 11/09/2013, presidida pelo conselheiro Sebastião Helvecio. Votaram o conselheiro Wanderley Ávila, conselheiro Sebastião Helvecio, conselheiro Cláudio Terrão, conselheiro Mauri Torres, conselheiro José Alves Viana e o conselheiro em exercício Gilberto Diniz. Foi aprovado, por unanimidade, o voto do relator, conselheiro Wanderley Ávila.
